



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.652.550 - RS (2017/0026202-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : ERIVELTO DE ALCANTARA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O ACUSADO SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 666.334/AM, preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade e a nocividade da droga justifiquem a exasperação da pena-base e constitua elemento de convicção para concluir que o acusado se dedica a atividades criminosas.

2. Não há *bis in idem* quando o Tribunal *a quo* mantém a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do acusado a atividade criminosa, que foi evidenciada pela quantidade da droga apreendida (24.970g de maconha).

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 20 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.652.550 - RS (2017/0026202-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : ERIVELTO DE ALCANTARA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por ERIVELTO DE ALCANTARA contra decisão monocrática de e-STJ fl. 415/423, que negou provimento ao seu recurso especial.

A parte agravante alega que, segundo entendimento firmado pelo STF, em sede de repercussão geral, no julgamento do ARE 666.334/AM, fica vedada a utilização da natureza e da quantidade da droga, cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, seja para modular ou negar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob pena de indevido *bis in idem*.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.652.550 - RS (2017/0026202-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O agravo regimental não merece acolhida.

Com efeito, dessume-se das razões recursais que a parte agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada, que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Em relação à alegação de que teria ocorrido o *bis in idem*, tendo em vista que a quantidade de drogas foi utilizada tanto para exasperar a pena-base, bem como para afastar o redutor do tráfico, cabe ressaltar que, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o *bis in idem* quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. O julgado recebeu a seguinte ementa:

1. Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência" (ARE n. 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

Logo, cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na primeira fase, para exasperar a pena-base ou, na terceira fase, para graduar o redutor do tráfico privilegiado, mas nunca em ambas fases, sob pena de *bis in idem*.

Vale consignar que o Supremo Tribunal Federal preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade e a nocividade da droga justifiquem a exasperação da pena-base e constitua elemento de convicção para concluir que o acusado se dedica a atividades criminosas.

No caso, o sentenciante, fixou a pena-base em 5 anos e 8 meses de reclusão. Na segunda fase, aplicou a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena ao mínimo legal. Na terceira fase, aplicou as causas de aumento dos incisos I e III do art. 40 da Lei nº 11.343/06 e a de diminuição do §4º do art. 33 da Lei Antidrogas, em 2/3, resultando em 2 anos, 3 meses e 5 dias de reclusão.

O Tribunal de origem afastou a causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06 e deu parcial provimento à apelação da acusação para afastar a causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, fixando a pena-definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Abaixo, trecho do acórdão recorrido acerca da fixação da pena-base e do afastamento da causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 (e-STJ fls. 286/287 e 289):

[...]

3 . Dosimetria. Ao magistrado, valendo-se das balizas normativas estabelecidas de forma bastante detalhada pelo Código Penal, cabe a tarefa de individualizar a pena de forma proporcional à conduta praticada pelo réu. A meu ver, somente cabe a intervenção deste Tribunal quando houver nítido descompasso entre os critérios utilizados na dosimetria e os fatos em julgamento. É sob tal perspectiva que passo a analisar a dosimetria das penas impostas ao acusado.

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, sendo consideradas negativa a quantidade de droga (24.970g de maconha) e neutras as circunstâncias judiciais; fixada a pena-base em 5 anos e 8 meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão. Na segunda fase não foram reconhecidas agravantes e foi reconhecida a atenuante da confissão; a pena-provisória foi fixada em 5 anos de reclusão. Na terceira fase foram reconhecidas as causas de aumento dos incisos I e III do art. 40, cada uma aplicada no patamar de 1/6, e a causa de diminuição do art. 33, §4º, aplicada no patamar de 2/3, todos dispositivos da Lei 11.343/06. Resultou a pena definitiva em 2 anos, 3 meses e 5 dias, acrescida de 226 dias-multa.

Passo ao exame do recurso da acusação.

[...]

3.3. Causa de diminuição. Art. 33, §4º, da Lei 11.343/06. Para que a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 seja aplicada, faz-se necessário que o agente seja primário, de bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. O legislador objetivou possibilitar a redução de pena para aquele considerado como pequeno traficante eventual, ou seja, que não faz do crime meio de vida. Os requisitos são cumulativos e, na ausência de um deles, afasta-se a incidência do dispositivo.

No caso, a expressiva quantidade de drogas não possibilita equiparar o apelado a pequeno traficante; o recebimento da droga de terceiro em posto de gasolina indica colaboração à criminalidade organizada. Os fatos não autorizam a incidência da causa de diminuição, devendo ser provido o recurso da acusação.

3.4. Fixação das penas.

Primeira fase. Não havendo recurso quanto ao ponto, mantenho a pena-base em 5 anos e 8 meses, devendo ser considerada negativa a quantidade de droga e neutras as demais vetoriais.

Segunda fase. É negado provimento ao apelo da acusação quanto à incidência da agravante do art. 62, inciso IV, do CP; incide a atenuante do art. 65, III, 'd', do CP. Fixada a pena-provisória em 5 anos de reclusão.

Terceira fase. É mantida a causa de aumento do art. 40, inciso I, da Lei de Drogas e, de ofício, afastada aquela prevista no inciso III do mesmo dispositivo; o recurso da acusação é provido para afastar a causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei de Drogas. A pena-definitiva resulta em 5 anos e 10 meses de reclusão.

Não há insurgência quanto à multa, pelo que a mantenho em 226 dias-multa, arbitrados em 1/30 do salário mínimo.

[...]

Pela leitura do acórdão recorrido acima transcrito, observa-se que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base afastou-se do mínimo legal com base na quantidade da droga apreendida (24.970g de maconha), fundamentação que se encontra em consonância com nossa jurisprudência.

Por outro lado, observa-se que houve fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o acusado dedica-se à atividade criminosa, ante a quantidade da droga apreendida, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse ponto, destaque-se que a quantidade da droga apreendida, embora utilizadas na primeira fase para justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como elemento de convicção de que o autor do delito se dedica a atividades criminosas. Nesse sentido, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MANUTENÇÃO DA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE AGRAVAMENTO DA PENA DO PACIENTE. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Não há bis in idem quando o Tribunal a quo mantém a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente a atividade criminosa, que foi evidenciada pela quantidade e nocividade da droga apreendida.

4. Por fim, não havendo redimensionamento da pena, tendo esta ficado no patamar superior a 4 anos, com a pena-base arbitrada acima do mínimo legal, não há se falar em outro regime senão o fechado, nos termos do art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 377.559/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 14/03/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ELEVADA COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA TAMBÉM UTILIZADA NA TERCEIRA FASE DA PENA. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DESTES STJ.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006 deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 do referido diploma legal.

2. Ao interpretar o mencionado dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

3. No caso dos autos, a quantidade, a variedade e a qualidade da droga foram consideradas tanto na primeira quanto na terceira fases da dosimetria, razão pela qual se reduz a pena-base para 5 (cinco) anos de reclusão e multa.

4. Na terceira etapa da dosimetria, considerando-se a natureza, diversidade e quantidade do estupefaciente apreendido, mantém-se o afastamento da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, a gravidade concreta do crime o autoriza. Precedentes desta Corte.

[...]

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a reprimenda para 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, em regime inicial semiaberto. (HC 363.393/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE POR AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGA. VALORAÇÃO PARA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E PARA AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

(...)

4. A benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, o indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, de modo que, para fazer jus àquele benefício, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, reafirmou a tese de que caracteriza bis in idem a valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria do delito de tráfico de entorpecentes tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena (ARE n. 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

6. Quando a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do paciente é considerada para exasperar a pena-base e afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 - por denotar que o réu se dedicava às atividades criminosas - não significa tenha havido bis in idem na dosimetria da pena, porquanto o paradigma pretoriano preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, na modulação ou na definição do patamar daquela causa de diminuição, situação aqui não verificada, já que tal circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado.

7. Na hipótese, a vultosa quantidade de droga encontrada (mais de 10kg de cocaína), acondicionada em veículo conduzido pelo paciente, demonstra sua dedicação às atividades criminosas e justifica o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, enfraquecendo a alegação de ocorrência de bis in idem. Precedentes do STF.

8. Writ não conhecido. (HC 211.004/MT, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 19/10/2015) - (grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA E MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PACIENTE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO APONTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade e natureza da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, que restou evidenciada pela quantidade e nocividade da droga apreendida e pelas circunstâncias em que ocorreram o delito.

- Inexiste constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico. Modificar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do writ.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. (HC 338.956/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015) - grifei.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 INDEFERIDA. ALEGADO BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. LEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não caracteriza ofensa ao princípio do non bis in idem utilizar a quantidade do entorpecente apreendido como vetorial negativa no cálculo da pena-base e, na terceira fase de dosimetria, para indeferir a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com base na dedicação do réu à atividade criminosa. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 950.169/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, não há se falar em constrangimento ilegal na não aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Sendo assim, o inconformismo não merece prosperar.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0026202-7

AgRg no
REsp 1.652.550 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50003814420154047017 50006594520154047017 PR-50006594520154047017

PAUTA: 20/04/2017

JULGADO: 20/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ERIVELTO DE ALCANTARA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ERIVELTO DE ALCANTARA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.